

集會遊行許可與否之行政判斷

Discussion on Administrative Judgment Approval in Assembly and Parade

陳 正 根*

Cheng-Ken Chen

摘 要

本文深入探究有關在集會遊行不予許可中，針對不確定法律概念之判斷。首先探究觀察整體性，有關司法審查與集會遊行，論述行政判斷與行政裁量之概念等，並進一步探討行政判斷在集會遊行之適用。另對於重要不確定法律概念予以論述探討，如此探究將以利於實施行政判斷，例如國家安全、社會秩序、公共利益、危害概念、生命、身體、自由與財物等。另生命、身體、自由與財物等概念，基於深入研究，認為從法學觀點，往往應可先從憲法保障人權權益論起。然而縱使未來立法採行報備制，基於國家安全與社會治安，仍必須有所謂危害預防的有效手段。在此，本文認為路權場所之取得並非取決於集會遊行之主管機關，則無法體現集會遊行受規範而保障合法集會遊行之基本人權，故應對路權場所之取得同意文件，在集會遊行法規定，仍可授權集會遊行主管機關會同地方縣市政府訂定詳細法規命令予以實施。綜合言之，針對現行集會遊行法實施後，相關重要實務問題與修法，本文探討路權之重複與未合法團體之申請等問題，並探究配合報備制，依據行政院版本草

投稿日期：108.05.20 接受刊登日期：108.10.21 最後修訂日期：108.10.21

* 德國杜賓根大學法學博士，國立高雄大學法律學系教授。

Dr. Jur. University Tuebingen, Germany; National University of Kaohsiung,
Department of Law, Professor.

案，探討未來修法之方向，以提供理論與實務參考。

關鍵詞：司法審查；集會遊行；行政判斷；行政裁量；不確定法律概念；
國家安全；社會秩序；公共利益；生命身體；路權重複

目 次

壹、前言

貳、司法審查與集會遊行

一、概說

二、行政判斷與行政裁量

三、行政判斷在集會遊行之適用

四、小結

參、重要不確定法律概念之探討

一、概說

二、國家安全、社會秩序、公共利益

三、危害概念、生命、身體、自由與財物

四、小結

肆、實務問題、案例與修法之探討

一、概說

二、判斷之困境與路權之重複

三、未合法團體之申請

四、典型案例之探討

五、未來修正立法之方向

六、小結

伍、結語

壹、前言

我國現行集會遊行法仍採行許可制，故依據規定集會遊行必須向主管機關申請，故若遭主管機關不予許可，將影響人民集會遊行基本人權甚鉅，此規定於該法第 11 條第 1 項各款有關集會遊行不予許可之情形。而其中各款所規定之不予許可情形，多所不確定法律概念，需要主管機關作行政判斷，故本文深入探究有關在集會遊行不予許可中，針對不確定法律概念之判斷。本文首先擬探究觀察整體性，有關司法審查與集會遊行，論述行政判斷與行政裁量之概念等，並進一步探討行政判斷在集會遊行之適用。另對於重要不確定法律概念予以論述探討，如此探究將以利於實施行政判斷，例如國家安全、社會秩序、公共利益、危害概念、生命、身體、自由與財物等。而針對現行集會遊行法實施後，相關重要實務問題與修法，擬探討路權之重複與未合法團體之申請等問題，並探究配合報備制，依據行政院版本草案，探討未來修法之方向，以提供理論與實務參考。

貳、司法審查與集會遊行

一、概說

在法治國家依法行政原理下，任何國家重要行為應接受司法審查，在此集會遊行亦不例外，故集會遊行之主管機關針對行政判斷與行政裁量，必須審查行政判斷是否正確，而行政裁量是否逾越或怠惰。本章首先論述行政判斷與行政裁量之基礎理論，包括判斷餘地，併探討行政判斷在集會遊行之適用情形，以強化本文之論述理論基礎。

二、行政判斷與行政裁量

針對本條（編按：集遊法第 11 條）第 1 項第 2 款有關國家安全、社會秩序或公共利益等不確定法律概念，主管機關必須行政判斷¹。從行政適用法律，一般係指適用實證的法語句（Die Positive Rechtssätze），其為預設之構成要件與法效果的連結。專就行政適用法規範的順序言，就結構完整之法條，首先必須先判斷案件事實（Sachverhalt）構成要件（Tatbestandsmerkmale）是否該當，方有產生法律效果之可能，而構成要件中往往會有不確定法律概念及事實認定。其次，在構成要件與事實相容時，法律若有就法效果授權裁量者，則進入行政裁量之階段，判斷與裁量皆屬行政適用法律時審酌或衡量之方法，兩者之區別在於：（一）判斷大多是利用解釋的方法將具體事件「涵攝」於法律構成要件中。裁量則是用選擇的方法決定是否及如何採取措施。（二）司法介入行政判斷之審查，較諸介入行政裁量之審查，在密度上與強度上都來得高。具體而言，行政裁量之結果，原則上不受司法審查，僅於逾越或濫用裁量權時，例外受審查，而行政判斷之結果原則上接受司法完全審查，例外有行政判斷餘地時，限制司法審查權²。

行政判斷大都與構成要件中之不確定法律概念及事實認定有關。將不確定法律概念，經過涵攝、解釋予以具體化之過程稱為不確定法律概念之判斷³。就法律構成要件中之事實認定部分，是指依一般社會通念或經驗可以客觀方式加以確認，除數字、次數外，如雨天、天黑、汽車、

1 Vgl. Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2015, S. 332-342.

2 李震山，行政法導論，頁 484-485，三民書局，2014 年修訂 10 版。

3 翁岳生，論不確定法律概念與行政裁量之關係，行政法與現代法治國家，頁 37-71，台大法學叢書，1990 年 11 版；吳 庚，行政法之理論與實用，頁 37-39，自版，2017 年增訂 15 版；李惠宗，行政法要義，頁 148-150，元照，2010 年 5 版。

駕駛人等，稱為事實性、描述性或經驗性（*faktische, descriptive Begriffe oder Erfahrungsbegriffe*）的法律概念。而前述不確定法律概念則稱之為規範性、價值性（*Wertbegriffe*）或有待價值填補（*wertausfüllungsbedürftiger*）之法律概念。針對不確定法律概念，行政機關有權先加以判斷，判斷結果若符合當時普遍之價值觀時，宜受法院尊重。但遇有爭執，法院可就行政機關之判斷予以審查，最後則以法院見解為依歸⁴。

在司法審查中，其與行政判斷之概念，息息相關的是判斷餘地（*Beurteilungsspielraum*）。因法律使用之不確定法律概念，原則是「無判斷餘地之不確定法律概念」，對於行政機關之解釋或適用此種不確定法律概念，行政法院可作完全審查，因為正確的決定只有一個。如果法院之認定與行政機關不同，則以法院之認定為準，行政機關之決定即屬違法，應予撤銷⁵。例外地，承認「有判斷餘地之不確定法律概念」，即承認行政機關對此類不確定法律概念享有「判斷餘地」，法院僅能作有限度之審查，因為此類不確定法律概念之解釋或適用結果，容許有兩個以上決定均屬正確，均屬合法，故法院僅能在一定範圍內審查行政機關之決定是否合法，不能取而代之。此種判斷餘地，通常涉及行政機關之價值判斷，而由於判斷所依據之事態只出現一次或其他原因，法院無法作事後之追蹤，或因屬不固定的、法律外的標準，尤其預估未來的發展，已超越司法功能⁶。

而與行政判斷呈現相對應的，即是行政裁量的概念，行政裁量係行政處分的一種樣態，源自法律之授權（*Ermächtigung*），法律期望透過行

4 李震山，同註 2，頁 485。惟法院是否有能力或應該完全審查，引起討論，乃所謂判斷餘地，係指行政於針對不確定法律概念為判斷時，有其活動空間，在該空間內行政有其自主性，司法審查應受限制。該自主性空間不限於概念本身，換言之，判斷餘地已擴大概念外圍之特定範圍，例如：考試成績之評定、高度科技性、專業性及屬人性之專業判斷，或者是由具有獨立性專家委員會作成之決定等。

5 林錫堯，行政法要義，頁 266-269，元照，2006 年 3 版。

6 Vgl. Maurer, Hartmut, *Allemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., 2017, § 7 Rn. 12 ff.

政機關在個案上的充分斟酌，作成最佳化的法律效果（*Rechtsfolgen*）之決定。因此，裁量的本質是：「先量」而「後裁」，行政機關應就法律所規範的構成要件事實明確認定後「先量」，始得由行政機關對法律效果再作決定「後裁」⁷。行政機關之裁量權內容不論為「決定裁量」或選擇裁量，皆屬對法律效果所作成的決定，而不存在於對法律要件所作之判斷⁸。法律賦予行政機關有裁量權時，其實乃是要求行政機關要作成「合義務性之裁量」。行政裁量旨在個案上實現法律之目的與價值，注重個案分配正義的實現。因此，行政裁量的要求是：「沒有做對，就算錯」，不是「沒有做錯，就算對」亦即行政機關有裁量並非意味著有「愛怎麼做，就怎麼做」的自由，毋寧須受到「法」的限制（*Rechtlicher Schranken*）。若行政機關所為之處分，違反「法律」或「法」要求，即具有「違法性」⁹。

針對不確定法律概念之行政判斷與行政裁量，基本上有兩點不同，首先在本質上有所不同，因不確定法律概念係特定具體事實是否符合法律構成要件之確認，屬於「事實的認知」問題，而不確定法律概念之判斷，是構成要件事實判斷，涉及「是或非」與「有或無」的問題，須依證據判斷。行政裁量是法律效果的決定與選擇，係屬「事實的評價」，旨在個案上實現法律之目的與價值，置重個案分配正義的實現。另一方面，在司法審查態度亦不同，不確定法律概念之判斷涉及到事實與法律規定是否合致的問題（涵攝），所以行政機關必須擔保判斷正確，因行政機關對構成要件判斷錯誤即屬「認事」不清，必導致「用法」不當。用法不當即屬違法，法院自可先予審查。而行政機關作成裁量，所選擇之法律效果若在法律所規定的範圍內，只發生是否適當的問題。是以原則上，行政裁量除有明顯之「裁量逾越」、「裁量濫用」及「裁量怠惰」

7 Vgl. Steiner/Brinktrine (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2018, S. 200-205.

8 翁岳生，同註 3，頁 37-40。

9 李惠宗，同註 3，頁 144-150。

等違法情形外，行政裁量通常推定具有合法性。亦可以說，行政法院對行政裁量之審查係採「消極審查」，但如果行政處分屬不確定法律概念判斷之問題，行政法院原則上仍須進行「積極審查」，只有在特殊案型，在行政機關有判斷餘地時，才例外不予審查¹⁰。

三、行政判斷在集會遊行之適用

在集會遊行法中，立法者亦賦予許許多多不確定法律概念，故如前述，主管機關必須實施許許多多的行政判斷，而這些判斷都必須接受司法審查，以決定其判斷是否正確，從我國實務上看來，在集會遊行中，針對各類案件，我國司法院大法官並無解釋，在適用集會遊行法上之行政判斷，並無出現判斷餘地之空間¹¹。

10 李惠宗，同註 3，頁 152。

11 陳正根，警察與秩序法（三），頁 193-196，五南，2018 年。最近的解釋為大法官釋字第 718 號，亦無提到有關判斷餘地之問題，其解釋要旨為：為保障集會遊行之自由，國家應在法律規定與制度設計上使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下行使集會自由。主管機關就集會、遊行利用公共場所或路面之時間、地點與進行方式為妥善之規劃，並就執法相關人力物力妥為配置，以協助集會、遊行得順利舉行，並使社會秩序受到影響降到最低程度。在此範圍內，立法者有形成自由，得採行事前許可或報備程序，使主管機關能取得執法必要資訊，並妥為因應。此所以集會遊行法第八條第一項規定，室外之集會、遊行，原則上應向主管機關申請許可，為本院釋字第四四五號解釋所肯認。惟就事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會、遊行，實難期待俟取得許可後舉行；另就群眾因特殊原因未經召集自發聚集，事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行，自無法事先申請許可或報備。為維持社會秩序之目的，立法機關並非不能視事件性質，以法律明確規範緊急性及偶發性集會、遊行，改採許可制以外相同能達成目的之其他侵害較小手段，故集會遊行法第八條第一項未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分；同法第九條第一項但書與第十二條第二項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定，已屬對人民集會自由之不必要限制，與憲法第二十三條規定之比例原則有所抵觸，不符憲法第十四條保障集會自由之意旨，均應自中華民國一〇四年一月一日起失其效力。就此而言，本院釋字第四四五號解釋應予補充。聲請人等併聲請就集會遊行法相關規定部分，與本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九

審視我國集會遊行法，相關規定中，主管行政機關需要行政判斷之情況相當多，在此論述以重點為要，且對人民權益影響重大者更為重要。例如第 4 條規定，集會遊行不得主張分裂國土，在此若經主管行政機關之判斷，認為分裂國土係符合集會遊行法第 11 條第 1 項第 2 款規定：「有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者」，其所申請之集會遊行，將不予許可。故針對不確定法律概念之判斷，在此影響人民基本人權甚鉅。同樣該法第 5 條規定：「對於合法舉行之集會、遊行，不得以強暴、脅迫或其他非法方法予以妨害」，若有此情形之相對人，主管警察機關可經由行政判斷，採取適當措施予以制止或其他因應¹²。

而整體觀察，在我國集會遊行法中，被認為最重要兩項之行政判斷，關係人民權利亦甚鉅，首先即為集會遊行法第 11 條規定，有關室外集會遊行不予許可之情形，主管機關必須針對各款，其中有些不確定法律概念，予以行政判斷。針對本條各款之行政判斷，在此亦是本文各章論述之重點。而另一項重要行政判斷，即為該法第 25 條規定，主管機關之警告、制止或命令解散，主管機關亦必須針對各款，其中有些不確定法律概念，亦須予以行政判斷，例如該條第 1 項第 3 款規定：「利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。」故若主管機關針對此款情形，對相對人予以警告、制止或命解散，仍先對第 8 條第 1 項各款作行政判斷，而以該條項第 2 款為例，其規定：「學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動」，在此須針對「其他性質相類之活動」，如此的不確定法律概念，予以行政判斷。

而有關前述依據集遊法第 25 條規定，主管機關予以行政判斷後，再行政裁量，即「得予警告、制止或命令解散」，此為行政裁量與不確

○號解釋意旨或司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，應不予受理，併此指明。

12 同前註，頁 200-202。

定法律概念之結合規定。在此，同一法規中，法律要件已有不確定法律概念，同時在法律效果方面亦授權行政裁量。此種情形，可分別就法律要件與法律效果予以判斷，當不生問題。但有時可能依法規規定在適用不確定法律概念時，就必須斟酌行使裁量之重要觀點，於此情形，如認已具備法律要件，在法律效果已全無再斟酌之必要，此際，裁量縮收為零，「得為規定」實際上已成為「應為規定」¹³。反之，亦有可能依法規規定，法律要件之不確定法律概念決定著裁量之範圍與內容，因而需納入行使裁量權一併考慮，此際，不確定法律概念已為行政裁量所吸收，失其獨立意義¹⁴。

另司法院大法官對於在集會遊行法中有關不確定法律概念之判斷，亦認為若集會遊行法規定不明確，此規定亦有違憲法保障人民集會遊行之基本人權。故司法院大法官釋字第 445 號認為：「集會遊行法（民國九十一年六月四日修正前）第十一條第一項第二款規定：『有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者』，第三款規定：『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。」故修正後，將「事實」改為「明顯事實」，以利司法審查不確定法律概念之判斷¹⁵。

在此深入觀察司法審查與集會遊行，除了前述行政判斷與行政裁量等議題外，從整體違法性判斷而言，依法理亦有所謂超法規事由之阻卻違法，例如人民之集會遊行，其若被視為自然法所稱抵抗權之行使或市

13 Vgl. Schenke, Wolf - Rüdiger, Polizei - und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2018, S. 224-228.

14 林錫堯，行政法要義，頁 278-280，元照，2006 年 3 版。

15 參閱司法院釋字第 445 號解釋。

民之不服從，則即使行政機關針對不確定法律概念之判斷或行政裁量，均屬正確，在司法審查時，法院亦可依據上述抵抗權或市民不服從之法理，判決撤銷原處分或免除被告之責任，而形成阻卻違法之狀態情況¹⁶。抵抗權又可稱為反抗權，其就防衛的角度而言，包括防衛國家、政府、人民及行為人自己。後者最典型的情況，就是一個妨害公務的行為，對抗國家公權力的執行，並非當然成立犯罪，如果行為人有排除違法事由，仍然不成立犯罪。而市民之不服從亦有稱人民不服從，其與反抗權最大的不同點在於，此行為的特性是違反現行法規。人民不服從行為必須是基於政治道德上的動機，其所抗議的對象，必須是超越個人利益的，而且是屬於公共事務的事項。人民不服從行為是要使社會大眾知曉、注意，若要實現此功能，就必須以公開、公然的行動出現。一方面，喚醒公權力執行者之良心、正義感，在另一方面，促進社會大眾共識，形成人民力量，使執政者不得不修廢惡法與制度¹⁷。

四、小結

從我國實務上看來，在集會遊行中，針對各類案件，我國司法院大法官並無解釋，在適用集會遊行法上之行政判斷，並無出現判斷餘地之空間。審視我國集會遊行法，相關規定中，主管行政機關需要行政判斷之情況相當多。而整體觀察，在我國集會遊行法中，被認為最重要兩項之行政判斷，關係人民權利亦甚鉅，首先即為集會遊行法第 11 條規定，

16 楊智傑，公民不服從作為阻卻違法事由：評台北地方法院 104 年度囑訴字第 1 號刑事判決，台灣法學雜誌，第 333 期，頁 65-67，2017 年 12 月；劉靜怡，歐洲人權法院近年主要集會遊行相關判決評析，台灣法學雜誌，第 204 期，頁 45-47，2012 年 7 月。

17 劉幸義，法治國家、反抗權與人民不服從，月旦法學雜誌，第 237 期，頁 112-115，2015 年 2 月；Kaufmann, *Rechtsphtiosophie*, 2. Aufl., 1997, S. 211；謝煜偉，社會抗爭運動與實質違法性判斷，全國律師，第 18 卷，第 11 期，頁 5-8，2014 年 11 月。

有關室外集會遊行不予許可之情形，此即為本文論述之主題。而另一項重要行政判斷，即為該法第 25 條規定，主管機關之警告、制止或命令解散，主管機關亦必須針對各款，其中有些不確定法律概念，亦須予以行政判斷。在此深入觀察司法審查與集會遊行，從整體違法性判斷而言，依法理亦有所謂超法規事由之阻卻違法，例如人民之集會遊行，其若被視為自然法所稱抵抗權之行使或市民之不服從，則即使行政機關針對不確定法律概念之判斷或行政裁量，均屬正確，在司法審查時，法院亦可依據上述抵抗權或市民不服從之法理，判決撤銷原處分或免除被告之責任，而形成阻卻違法之狀態情況。

參、重要不確定法律概念之探討

一、概說

在集會遊行法中存在很多不確定法律概念，尤其針對本文主題有關集會遊行不予許可之情形規定，多所運用不確定法律概念，主管機關若不予許可，勢必針對不確定法律概念實施行政判斷。然而若要正確實施行政判斷，必須深入了解這些不確定法律概念之內涵，故本章針對此深入探討。在此，依據集會遊行法第 11 條第 1 項各款，重要不確定法律概念予以深入探討，在公共層面包括國家安全、社會秩序與公共利益(第 2 款)，在個人法益部分，包括危害概念、生命、身體、自由與財物等(第 3 款)。

二、國家安全、社會秩序、公共利益

本條(編按：集遊法第 11 條)第 1 項第 2 款所述「有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。」，其中有關國家安全、社會秩序或公共利益之不確定法律概念，其內涵之理解，密切關係行政

判斷之正確。而在警察法上，通常引用公共安全與公共秩序，尤其德國警察法在針對警察法核心概念之行政判斷，幾乎是以公共安全、公共秩序與公共利益三者為重點。在本條第 1 項第 2 款所稱國家安全與社會秩序，其與公共安全與秩序之內涵差別何在？是否係相當一致的概念？在此確有價值深入探討。在我國的行政法或警察法，時常提到國家安全與社會秩序，亦有常提及社會安全，然而並無深入比較探討，其與相近概念之探討。以國家安全與公共安全之區別，從法理邏輯而言，公共安全之範圍較大，包含國家安全。同樣，公共秩序之範圍較大，亦包含社會秩序。故在學理上，依據行政法與警察法理論，應以公共安全與公共秩序為主。

德國普魯士警察行政法第 14 條規定得知：「為防止公眾或個人遭受危害，且該危害已威脅公共安全或公共秩序時，警察機關在法律範圍內應依義務性裁量採取必要措施。¹⁸」在警察干預權限範圍內，必須是公共安全或公共秩序受到威脅或滋擾，且其程度不只是滋擾或僅是想像中之危害，必須是具體之危害¹⁹。因此在學理上，警察職權所要保障之法益即為公共安全與秩序。

依據傳統的解釋，公共安全（*öffentliche Sicherheit*）對於個人之保護包含生命、健康、自由、榮譽以及財產等方面²⁰。經長時間的演進，公共安全之概念已有一公認之輪廓，只要個人生命、健康、自由、名譽與財產，以及國家機構之存在與功能中任何一狀況受到威脅（*Drohung*），則是公共安全受到威脅。德國 Bremen 邦之警察法第 2 條第 1 項第 2 款：「公共安全係指，法規、個人之權利與法益、國家或其

18 Vgl. Götz, Volkmar, Vor 60 Jahren - Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz, JuS 1991, S. 810 ff.

19 Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Marten, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 408 f; Altenbolz, Hartmut Brenneisen, Der polizeiliche Handlungsrahmen im Versammlungsgeschehen, Die Polizei, Heft 4, 2008, S. 104 ff.

20 Drews/Wacke/Vogel/Marten, a.a.O., S. 235.

他公權力主體設施與活動之存續，不可侵害性之謂。」而今日所理解之公共秩序（*öffentliche Ordnung*）概念則為「包括所有不成文之個人公共行為規範，依通常道德、社會之觀念，遵守該規範是國民共同生活不可或缺之要件。」由於公共秩序之定義範圍過廣，疑義滋生，公共秩序有關之危害防止是否列入警察任務仍有爭議，其概念的確定，有賴法官審判時，以其見解加以闡明²¹。

綜合而論，公共安全之主要內涵可大分為三：（一）國家及其機關之安全與存續。除國家之外尚包括其他公權力主體，保護範圍及於所有公法上之權利主體與機關之外，尚包含設施，特別指的是公共營造物，如戲劇院、博物館、圖書館，而國家及其機關所舉辦、進行之活動，亦在受保護之列。（二）個人生命、身體、自由、名譽及財產之安全，主要是指由公法所保護之個人主觀公權及法益而言。（三）所有法規之維護，法規係指客觀意義之法，以成文之規範為主，其係民主法治國家維繫其功能之重要要素²²。

然而由於公共秩序之定義範圍過廣，疑義滋生，無形中擴充警察權，易侵犯人民權益。因此，較新修訂的布萊梅（**Bremen**）警察法，就不再將與公共秩序有關之危害防止列為警察任務，使公共秩序的字眼從警察法概括條款上消失。然而仍有主張公共秩序概念應存在者，其認為公共秩序之概念，頗能顧及大多數人之共同看法（**Herrschende Anschauung**），合乎民主多數決原則，其不僅存在於警察法之概括條款

21 李震山，警察行政法論—自由與秩序之折衝，頁 178-180，元照，2016 年修訂 4 版。李震山教授引用德文文獻進一步指出，對一行為是否違反公共秩序之判斷，應注意以下幾點：一、該可能違反秩序之行為是否已涉及一存在之非法律之社會規範。二、該規範合乎特定區域人民之多數見解。三、對維持一有秩序的共同生活，該規範為不可缺少之要件。四、該被判定之行為是違反該社會規範。

22 Vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei - und Ordnungsrecht, 9. Aufl., 2018, S. 124 ff; Kniesel, Michael, Die Versammlung - und Demonstrationsfreiheit - Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, NJW 1992, S. 858 ff.

及許多特別法中，甚至在德國基本法第 13 條第 3 項及第 35 條第 2 項中都有規定²³。事實上，立法者不可能在所定法令中提出其價值判斷，因此公共秩序概念的確定，有賴法官審判時，以其見解加以闡明。若司法應有功能無法充分積極發揮，僅強調不確定法律概念在行政實務上之補漏作用，甚至力陳警察機關應有行政自制的的能力，如此並無法保證人民之權益會得到充分保障²⁴。

而公共安全的公共性僅存於公共利益的維護，公共利益乃相對於私人利益而言，當其運用、行使或保護由行政機關負責，而非由私人掌握時，公共利益的意義便顯現出來，例如：規範授權國家行使權限，國家即成為法律的持有者。公共安全的三種法益內涵因而彼此相互重疊，實際上法治國即是透過法律秩序創造國家、法秩序保護法益的兩個範疇，包括個人之生命、健康、自由、名譽和財產，以及國家和其他公共設施之存在，申言之，探究危害對於法秩序的不可侵犯性，等同開啟危害對於公共安全的檢視²⁵。

從行政學觀點，所謂「公共利益」，係指行政機關的所作所為應有益於民眾福祉，是社會的未來發展能夠實踐先前的理想目標，例如：教育機會均等、充分就業等。有關公共事務的所有價值或期待，均可統含在公共利益概念之下。公共利益的四種功能：（一）凝聚功能：係指公共利益可當作一個統整性象徵，一個意氣相投的口號；在此旗幟下，不同的黨派、群體會調解彼此的差異，結成政治聯盟。因為它有模糊的符

23 Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 341; Baudewin, Christian, Der Schutz der öffentlichen Ordnung im Versammlungsrecht, 2. Aufl., 2013, S. 45 ff.

24 李震山，同註 21，頁 228-229; Mußgung, Reinhard, Die öffentliche Ordnung, in: Staat - Souveränität - Verfassung, 2000, S. 354 ff.

25 陳英淙，警察公共安全與公共秩序之探討，軍法專刊，第 62 卷，第 2 期，頁 6-8，2016 年 4 月。在此進一步指出，公共利益之顯示，例如：規範授權國家行使權限，國家即成為法律的持有者，由於國家通常是法律履行的壟斷者，如刑法和社維法等相關法律，基於這種意涵，公共安全乃是所有公法法益保護的總和，各危害防止機關需依照法規所賦予的任務，維護法秩序的保護利益。

號作用，做能吸引不同觀點的利益，同時各個利益團體也可由公共利益所隱含之規範、價值、道德中，謀取利益；(二) 合法功能：係指政策規劃過程中各方利益的均衡要比純粹單方或少數利益的強勢勝利，來得更更有價值。公共利益可使政策產出具備合法化基礎，提升政策執行力與民眾順服度；(三) 授權功能：係指公共利益內涵的缺乏準確，眾說紛紜、莫衷一是，才能使立法機關架構一個模糊的彈性授權空間，讓行政機關在授權範圍內，裁量使用，甚至更為精緻的運作；(四) 代表功能：在此概念下，得以持續地提醒社會民眾及政府官員，在政治運作過程中仍有許多弱勢群體乃結構不良，組織鬆散，甚至無代言人為他們向政府爭取利益。公共利益可引導社會多數人眼光朝向經常受忽視的群體的利益²⁶。

在行政學中，亦有公共利益的 8 項判別準則：(一) 公民權利：是否有證據顯示新政策已將多種公民權利納入考量，而且不會侵犯這些權利？(二) 倫理與道德標準：行政機關的新政策及其行動能否禁得起民眾之倫理與道德層面的檢驗？(三) 民主程序：那些有話要說的人士是否已經表達意見？行政機關除了聆聽民眾意見外，是否已經盡可能地把相關意見納入對話過程？(四) 專業知識：所做的建議是否考量專業意見？(五) 非預期結果：所作的建議是否進行充足的分析，俾提供可能的長期效果說明？(六) 共同利益：所做的建議是與特定利益較有關聯性，或是它可反映較大社群的利益？(七) 輿論民意：對於社會爭論問題、媒體、公聽會所反映的議題所呈現出來的民意或輿論，是否試圖加以查覺並納入考量？(八) 充分開放：在政策形成過程中，有關協商、決策、背景資料、專業意見等，是否可供外界監視²⁷？

故公共利益為行政法與警察法中重要之概念，行政機關之作為受兩大因素：一係法律，二係公益。蓋行政作用須遵守法律之規定，與例外

26 蔡良文，人事行政學：論現行考銓制度，頁 53-56，五南，2018 年 7 版。

27 同前註，頁 67-70。

情形（如裁量行為）或可不受法律之拘束，但亦無法免於公益之考慮。至於法律上所稱公益也者，並非抽象的屬於統治團體或其中某一群人之利益，更非執政者、立法者或官僚體系本身之利益，亦非政治社會中各個成員利益之總和，而係各個成員之事實上利益，經由複雜交互影響過程所形成理想整合之狀態。公益判斷是否正確，不能任憑國家機關之主觀，而應以客觀公正避免錯誤之認知為之，在多元社會必要時尚須透過公開討論俾能形成共識²⁸。

三、危害概念、生命、身體、自由與財物

另者，在此亦可確認公共安全與秩序的憲法正當性，並認為警察法之公共安全的內涵，係法治國透過法秩序創造國家，法秩序保護法益的範疇。而在警察法上任務概括條款中，除公共安全與公共秩序外，尚有一重要的不確定法律概念，即是危害。在此可以參考德國普魯士高等行政法院針對危害（Gefahr）所下的定義為：「危害，是指若不加以阻止，則可能造成損害的一種狀況，亦即經外力之影響，將減損事實存在正常的生活利益之狀況。」以及德國學者 Drews 之見解，認為危害係指「因物之狀況或人之行為於一般進展下，極有可能對公共安全與公共秩序造成損害之一種情況。²⁹」

而生命、身體、自由與財物，深入研究，從法學觀點，往往應可先從憲法保障人權權益論起，因為此乃大方向，而為落實憲法基本權，當然係經由法律實踐，故在此應從憲法基本權與法律層面論述。在憲法所

28 吳 庚，行政法理論與實用，頁 67-69，自版，2017 年增訂 15 版；陳明燦，司法院釋字第 732 號解釋之簡析－以公共利益為中心，臺灣環境與土地法學雜誌，第 31 期，頁 35-37，2017 年 12 月；王珍玲，論都市更新之公共利益－從司法院大法官第七〇九號解釋及正當法律程序原則出發，法學新論，第 45 期，頁 2-5，2013 年 12 月。

29 Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 241; Kötter/Nolte, Was bleibt von der "Polizeifestigkeit des Versammlungsrecht"? DÖV 2009, S. 399 ff.

保障生命權方面，雖然我國並無明文規定，但仍可從憲法第 22 條概括基本權導出。我國憲法未明文保障人民之「生命權」(Recht auf Leben)，此與某些國際人權規範或外國憲法之規定有別。例如世界人權宣言第 3 條明定：「人人享有生命、自由與人身安全。」³⁰ 歐洲人權公約第 2 條第 2 項：「每個人的生命權應受法律保障。」又外國憲法中有明文直接保障生命權者，有德國基本法第 2 條第 2 項第 1 款規定：「每個人有生命權及身體不受傷害權。」我國憲法雖未見「生命權」一辭，但國家不能以之作為推辭保障人民生命權之理由，生命權是先於國家而存在，屬自然權、固有權或原權之一種，不待憲法明文規定即受保障，有些國家以明文列舉保障，則屬事後再「確認」的性質。

另我國憲法第 15 條針對生存權明文規定予以保障，我國司法院於釋字第 476 號解釋中，明白將剝奪生命之死刑與生存權之保障相提並論，惟生存權是否即涵蓋生命權，大法官並未說明，實有討論之空間。而從人權之發生與演進而言，生命權毋寧是最原始的，有生命之後方有生存之意義。而生存權所強調者，係在社會國原則下，透過國家財力、物力之給付，保障人民至少應生活在經濟、環境、健康、工作、文化等最低標準之上。我國憲法將生存權與工作權、財產權並列，傳統上被稱為受益權，因此生存權宜從經濟學、生態學考量，強調的是生存基本條件或最低限度生活權之保障。另一方面，生命權宜從生物學、生理學層面考量，以其生命之存在為論述重點。此兩項個別存在的基本權利，當遇有基本權利主體、保障範圍與功能、限制強度與密度、衝突與競合等問題時，詮釋上皆會有不同結果，區分實益因而顯著³¹。

30 丘宏達，現代國際法基本文件，頁 370-375，三民，1996 年。

31 李震山，多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，頁 99-101，元照，2007 年 2 版。在此進一步指出，依據通說，在憲法所保障個人自由權利則是優於國家保護義務 (staatliche Schutzverpflichtung)，僅僅在例外的時候，國家保護義務才優先於個人自由權利之發展，例如當立即生命危險 (Lebensgefahr) 已形成時，國家保護義務應優先存在，國家公權力措施必須立即介入以排除危害。

憲法意義下的身體權，泛指身體的自主性與完整性，其至少應包括身體行動的人身自由、身體健康的健康權及身體不受傷害權。而我國憲法第 2 章有關權利之規範中，亦並未明文揭示人民「身體權」之保障。在國際人權規範中，涉及身體權之保障者，如世界人權宣言第 3 條規定：「人人有權享有生命、自由與人身安全。」歐洲人權公約第 3 條規定：「任何人不得加以酷刑或使受非人道的或侮辱的待遇或懲罰。」在國外憲法中，以德國基本法第 2 條第 2 項第 1 句，最具代表性的規定：「任何人均有生命與身體之不受傷害權。」其中與警察致命射擊相關的基本權利，則以身體不受傷害權為討論重心，而身體不受傷害權也一直是國家針對遊民行使各項措施時，首先應考慮是否受侵害的基本人權³²。

所謂身體不受傷害權（*Recht auf körperliche Unversehrtheit*），旨在確保人身體之完整性，包括外在之形體與內在之器官、組織。從人的物質（肉體）而言，是指每個人有權主張，其作為人生命之物理、生物基礎之肉體與健康應不受傷害。而從人的精神層面而言，是指人在心理、精神、靈魂上，對其身體完整性有不受外在操控之主體地位，此種身體自主性屬人格權中自我型塑表現形式，其不應受傷害。所以對身體構成傷害，是指直接或間接影響到身體本質，改變其特質。至於心理、精神受到傷害，必須已危及健康，方屬對人體造成傷害，於此，自需客觀科學判斷根據³³。

所以當自我傷害的情況發生時，並不是在一種完全自由意志下所為，則國家保護義務優先存在，致使警察與秩序機關必須採取適當措施，例如針對小孩以及少年，他們傷害自己之決定是因長輩或受不良團體之影響，則並非處於完全自由意志下，例如有人因為酗酒以及吸毒而傷害自己。

32 例如警察下令抽血檢驗酒精濃度值之干預措施，首先考慮的就是相對人可否主張身體不受傷害權。請參閱李翔甫，警察下令抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（上），台灣本土法學，第 92 期，頁 9-11，2007 年 3 月。

33 Vgl. Dürig, Günter, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 2, Abs. II. 42, 1. Aufl., 2003. Lorenz, Dieter, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, VI, § 128, 1989.

在此有關自由權，當自由與生命、財產連結，依據法理，一般所指應係為人身自由，並不關係言論自由等範圍。人身自由（*Freiheit der Person*）。又可稱人身不可侵犯權，指人民有「身體活動自由」（*Körperliche Bewegungsfreiheit*）的權利，不受國家權力的非法侵犯，防止國家非法的逮捕、拘禁，以及加諸在人身上的強制行為。由於人身自由代表人民是一個「自由人」，所以人身自由是一切自由權利的基礎。因此，人身自由的涵義其實很廣，憲法第 8 條規定的只是特別的人身自由，係指對抗國家的逮捕、拘禁、審問與處罰，即如何將有犯罪嫌疑的人民拘禁起來。但是對人身自由的侵害，除了憲法第 8 條的規定之外，尚有許多其他不同的可能³⁴。例如警察的臨檢或約談，亦即典型措施之盤詰、盤查身分、傳喚、管束或驅離等將產生限制人身自由的法律效果。

人身自由乃包括動靜坐臥的自由，此種自由主要是用以抵抗國家不法之任意逮捕，與憲法第 10 條居住遷徙自由比較，人身自由係屬一種消極的行動自由，亦即人身自由是不被支配的身體自由，只要制度中會使人民身體自由受到強制力支配之效果者，該制度即須有法律的明確規定始具有合法性。易言之，拘束人民身體自由不是其理由正當即為已足，縱使該作為限制人身自由之事由正當，該事由仍必須透過形式合法性以確立其規範地位，亦即須有法律的明文規定，始符合狹義法律保留原則³⁵。

有關財產權，保障財產權之目的在於，確保個人在經濟上之基礎及一個個人自我私領域之存在。申言之，財產權就如同所有最基礎之基本權，確保基本權主體在財產法領域範圍內之自由，並使得個人生活能夠自我發展與自我負責³⁶。因此財產權保障與個人自由存有內在關聯性，所以財產不是奢侈、不是享受，而是具生存確保及促進個人自我發展之

34 許育典，憲法，頁 183-185，元照，2010 年 4 版。

35 李惠宗，憲法要義，頁 129-131，元照，2009 年 5 版。

36 管 歐，憲法新論，頁 119-121，五南，2006 年。

意義。簡言之，財產創造個人之獨立性，依此財產權之保障卻在保障個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴，此時財產權之保障目的不僅視為實現生存權之手段，而是亦具有實現個人自由、發展人格及維護尊嚴之作用³⁷。就財產之定義而言，首先之特徵為可以為私人支配與利用。因此凡歸屬於私人可利用與支配者就為此基本權主體，為個人生存基礎，也是自我負責地使用支配私人利益之範疇。簡言之，財產就是指所有現行法秩序下，被視為具有財產價值之權利及物體，為私人所使用支配者均屬之，例如動產、不動產及股份等，還包含無體物，如精神上之創作等。

而在法律層面，實踐上述基本權的法律，相關法規眾多，當然主要還是以法律為主。在保護生命方面，相關法律之實踐，大都以生命與身體不受侵害作為法益，故刑法規範殺人、傷害、強姦等罪，在特別法上有毒品防制條例、兒童及青少年性交易防制條例等等。另在警械使用條例規定，以比例原則以及勿傷及人致命部位等條款規範。在保障人身自由權，相關法律之實踐，有刑法妨害自由罪章規範，而提審法更是實踐保障人身自由最佳的工具規範。針對財物，則以民法物權之規範最為完整，另散在各海商公司法領域中，保障財物之使用利益等均為重要規範。

四、小結

今日所理解之公共秩序概念則為「包括所有不成文之個人公共行為規範，依通常道德、社會之觀念，遵守該規範是國民共同生活不可或缺之要件。」由於公共秩序之定義範圍過廣，疑義滋生，公共秩序有關之危害防止是否列入警察任務仍有爭議，其概念的確定，有賴法官審判時，以其見解加以闡明。而在警察法上任務概括條款中，除公共安全與

37 陳慈陽，憲法學，頁 601，元照，2005 年。

公共秩序外，尚有一重要的不確定法律概念，即是危害。在此可以參考德國普魯士高等行政法院針對危害所下的定義為：「危害，是指若不加以阻止，則可能造成損害的一種狀況，亦即經外力之影響，將減損事實存在正常的生活利益之狀況。」

而生命、身體、自由與財物，深入研究，從法學觀點，往往應可先從憲法保障人權權益論起，因為此乃大方向，而為落實憲法基本權，當然係經由法律實踐，故在此應從憲法基本權與法律層面論述³⁸。而在法律層面，實踐上述基本權的法律，相關法規眾多，當然主要還是以法律為主。在保護生命方面，相關法律之實踐，大都以生命與身體不受侵害作為法益，故刑法規範殺人、傷害、強姦等罪，在特別法上有毒品防制條例、兒童及青少年性交易防制條例等等。另在警械使用條例規定，以比例原則以及勿傷及其人致命部位等條款規範。在保障人身自由權，相關法律之實踐，有刑法妨害自由罪章規範，而提審法更是實踐保障人身自由最佳的工具規範。針對財物，則以民法物權之規範最為完整，另散在各海商公司法領域中，保障財物之使用利益等均為重要規範。

肆、實務問題與修法之探討

一、概說

有關本文針對行政判斷在集會遊行不予許可，其中在集遊法第 11 條第 1 項各款之探討，除了不確定法律概念判斷之重要問題外，仍有其他重要問題，需要深入探討，例如針對第 4 款有關「同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。」，針對此規定，衍生有關路權問題。另外，針對第 5 款規定「未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。」，在此衍生未合法團體之問題，均需

38 Vgl. Amadeus Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, 3. Aufl., 2012, S. 133-136.

深入探討。又審視未來集會遊行法配合時勢之修正，將朝往報備制方向，故本條文有關不予許可要件之探討，其未來修法狀況如何，在此一併深入探討。

二、判斷之困境與路權之重複

所謂判斷之困境，在於實務上，因依據集會遊行法第 11 條規定，所應判斷之危害國家安全、社會秩序、公共利益以及危害生命、身體、自由財物損壞等，依前述均為不確定法定概念，而目前主管機關為警察分局，在此警察分局之層級並不高，故法律專業人員並不多，僅由承辦員警或主管實施行政判斷，因警察人員主要具有警察術科技能，並無完整專業法學訓練，對於行政判斷之正確，仍有不足之處。另目前因集會遊行不予許可，而提起司法訴訟，其案件並不多見，一般案件均涉及違反集遊法禁止與解散等命令而違反，故在此從法院判決中，針對上述不確定法律概念之研究，亦不多見。故面臨判斷之困境，其解決之道，應係強化主管警察機關人員之法律素養，尤其是行政法學知識，或者提升主管機關之層級，由各縣市警察統籌辦理審查許可事項。另是否考量採行審查委員會，由外聘委員之加入，聘請法律專家，一同審查集會遊行之許可，針對不確定法律概念，能為最正確之判斷。

依據集會遊行法第 11 條第 1 項第 4 款規定：「同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。」在此依據該法第 9 條規定，申請集會遊行須明確將時間、處所與路線載於申請書，亦為申請許可的必要條件。故本條與第 9 條相互關聯，在於集會遊行之申請，必須在於明確負責人等、目的、方式、時間、處所、人數以及車輛物品等。針對本條進一步探究，若時間、處所與路線已有他人申請並經許可者，列為不予許可之要件事項。反面而言，除了時間、處所、路線不得重複相同，負責人、

集會目的與方式應可重複³⁹。

依據第 9 條第 2 項規定，有關第 3 款之集會處所，應檢具處所之所有人或管理人之同意文件。故在此可經由同意文件檢驗處所之重複情形審查，然而針對遊行之路線，似乎比較複雜，因並非一個點，而是移動的線，如何認定重複，在實務上常有爭議產生。在此路權的申請，係依據各地方政府訂行政命令而實施，例如臺北市政府訂定「臺北市申請使用道路集會要點」處理路權申請，第 1 條即規定：「臺北市政府工務局新建工程處（以下簡稱新工處）為核發集會遊行法第九條第一項第三款規定之集會處所使用道路同意文件，特訂定本要點。」，依此規定，路權主管機關為臺北市政府工務局，並非警察機關。相較於本條針對集會遊行不予許可，其主管機關為警察機關，然而值得注意的是，臺北市政府訂此要點，其中第 6 條與本條密切相關，該條規定：「有下列情形之一者，新工處得予駁回申請，申請人如有不服，得依法提起行政救濟：（一）申請使用時間、路段相同，後序申請者。（二）新工處認該道路不適宜辦理集會者。（三）未依第二點規定提出申請者。」在此規定，顯示臺北市政府工務局針對路權申請，依據該條第 1 項第 1 款，若「申請使用時間、路段相同，後序申請者。」，可駁回其申請⁴⁰。

由此，若申請集會遊行時，其集會遊行之路權重複者，即所謂申請

39 李建良，集會自由與群眾運動的憲法保障－釋字第 718 號解釋，台灣法學雜誌，第 246 期，頁 14-16，2014 年 4 月。在此進一步指出，本號解釋，強調室外集會、遊行的特性，顯無強化保障室內集會之用意。恰恰相反，本號解釋凸顯室外集會遊行的「衝突本質」，旨在為國家當然得以介入、限制，乃至於進行各種管控作理論上的鋪墊，並且置入「集會、遊行舉行者須適時提供主管機關必要資訊」之憲法上所無的協力義務，讓主管機關得以「就集會、遊行利用公共場所或路面之時間、地點與進行方式」作事前的管控，並且基於事中管控之需要，預先籌謀配置「執法相關人力物力」。主管機關是否能真能「協助集會、遊行得順利舉行，並使社會秩序受到影響降到最低程度」，暫且不問，如此被置在公權力藩籬之中的室外集會遊行，何異於「室內」之集會遊行？

40 參閱臺北市申請使用道路集會要點。

使用時間、路段相同者，應該無法從主管機關工務局取得路權許可，既然無法取得路權許可，自然無法提出合格的申請書。因依據第 9 條第 2 項規定，針對集會處所，應檢具處所之所有人或管理人之同意文件，而遊行，應檢具詳細路圖。然而在此針對集會處所需要同意文件，而遊行路線並無規定，是否意味，即使未經路權申請許可，仍可申請集會遊行，在此有所矛盾。不過，另從前述臺北市申請使用道路集會要點第 6 條規定，對於申請使用時間、路段相同，後序申請者，得駁回申請。亦即，也有可能路線相同，工務局予以核准，故需本條之審查，針對路權重複，予以不許可之處分。不過整體而言，倘若依據市政府有路權之核可權，則應不需再由集會遊行之主管機關，警察機關重複審查，否則兩者有可能陷入如前述矛盾現象，故集會遊行法第 11 條第 4 款規定，是否有規定之必要性，值得檢討⁴¹。

由於路權的取得已成為集會遊行的必備要件，故各地申請集會遊行，都由各地方政府制定相關取得路權的程序規定，如前述臺北市申請使用道路集會要點等。在此有爭議，即是申請使用道路集會，應向市政府工務局申請，所以依此邏輯，申請集會遊行一定要申請路權，如此一來，許可集會遊行的關鍵機關就並非主管集會遊行的警察機關，而是市政府工務局。在此，由市政府工務局決定集會遊行，係將偏離集會遊行許可制之目的意旨。既然集會遊行法明定主管機關為警察機關，而實質上，申請路權或集會處所之同意文件卻是集會遊行的關鍵，故許可機關在此可能旁落在一般非警察機關。故前述臺北市申請使用道路集會要點第 1 條規定，本要點係為核發集會遊行法第 9 條第 1 項第 3 款規定之處所使用道路同意文件，而第 2 條又規定，申請人應於使用道路集會日前 8 日（不含星期例假日、國定假日或其他休息日）至 30 日內以書面向新工處提出申請使用道路同意文件。故在此審查機關係為臺北市政府工

41 許育典，緊急性及偶發性集會遊行須申請許可？，月旦法學教室，第 146 期，頁 6-8，2014 年 11 月。

務局，並非是臺北市政府警察局。基於前述，有關集會遊行法之立法目的，配合集會遊行法第 9 條與第 11 條之審查，應於該要點，明確規定，在申請人提出申請後，臺北市政府工務局之審查，應會同臺北市政府警察局一併審查，就道路工程與社會治安觀點，併同考量⁴²。

在實務上，申請路權，包括廣義上有關集會處所使用道路同意文件，若遇到熱門時段或集會遊行場所，在工務局前，往往有看到排隊的申請人，針對所謂熱門時段地點，以搶得路權或優先獲得場所使用同意文件。在此，係因為若依據臺北市申請使用道路集會要點第 5 條規定，人民或機關團體申請使用道路，同一路段、同一使用時間有二以上申請於同時申請者，以新工處收件時間排列優先順序。所以，工務局針對同一路段與同一時間提出申請，若有二申請人以上，其裁量標準係用提出申請時間的先後。尤其，在選舉造勢之場合，往往熱門路段與場所，各組人等爭取，故曾有漏夜排隊申請路權場所之情形。然而實務作法上，應由警察機關與主管縣市政府一同視當時社會治安狀況，作合義務性之裁量，對於關係重要人民權益之集會遊行，可優先考慮，准許予以取得路權與場所。

三、未合法團體之申請

依據本條第 1 項第 5 款規定，針對「未經依法設立或經撤銷、廢止

42 朱金池，我國警察集會遊行執法之爭議研究，執法新知論衡，第 14 卷，第 1 期，頁 30-32，2018 年 6 月。在此進一步指出，警察是政府行政部門的一環，同時也是執法的一個部門，從憲政設計的理論言，警察應依法行政且保持中立的立場，以處理聚眾活動。警察則須預防危害及現場秩序控管與事件處理，亦應相對忍受侵擾及預防身體危險。但是，從警察的實際運作而言，警察在處理聚眾活動時，深深受到易變的政治權力結構之影響。由於政府的權力結構主要包括行政、立法及司法等部門。因此，警察在擬定處理聚眾活動的策略時，勢必受到警察的上級行政機關首長的政策指示、民意機關（立法機關）的課責監督，以及司法機關的判決案例等之影響。

許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。」申請集會遊行，將不予許可。在此「未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體」稱未合法團體，在法律上雖未明文規定，顯示其與「非法團體」有所別，畢竟非法團體往往被視為違法犯紀或犯罪團體，故有所區分。在此所稱「未經依法設立」，從狹義觀察言，此法主要指的是人民團體法與政黨法，依常理舉辦集會遊行實踐意見表達的自由之團體，除了一般人民團體，就是政治團體。而依法設立，係在人民團體法第 2 章規定，內容第 8 條至第 12 條，在第 8 條規定，必須申請經許可，並設有許可條件，在第 9 條規定組織籌備會及派員列席，第 10 條規定章程名冊等之立案核備，第 11 條規定核准立案後之登記及備查及第 12 條規定章程記載事項等⁴³。

另外，從廣義言，所稱「未經依法設立」，亦可包括依據公司法或特別法，所成立之私法人或團體，例如公司企業或商店營利團體等，或者如依據公寓大廈管理條例，而設立之管理委員會，亦屬依法設立之團體。然而，在此觀察集會遊行法，實踐人民集會遊行之基本人權，應採取最廣義的解釋，只要依上述公司法或特別法所成立之團體，應視為合法人民團體，亦即並非前述只限於依據人民團體組織法或政黨法。然而，再深入觀察，該款規定未經依法設立之團體，申請集會遊行，主管機關依法不予許可，此對人民之集會遊行權利影響不大。因即使不用團體名義申請，亦可以個人負責人名義申請集會遊行，其間之差別僅在於，若能用團體名義申請，針對集會遊行之目的，或許號召力量較能顯現，並且可與相關聯團體串聯，如此一來，其意見表示之傳達與表示，更能徹底完成。

43 Trute, Hans-Heinrich、Biebrach, Leonard 著，王韻茹譯，德國極右派集會遊行的法律問題，國立中正大學法學集刊，第 47 期，頁 18-20，2015 年 4 月。

四、典型案例之探討

針對集會遊行許可之行政判斷，在此以典型案例作探討，以利對於實務運作之了解。案例（呼籲設立天體營河岸之集會）：甲為身體解放文化之愛好者，希望在淡水河建立天體營河岸，甲雖不斷四處奔走，宣揚理念，但始終未能如願。甲預計藉由大型集會，給予政府更多壓力，並引起一般大眾關注此議題。甲號召大眾於市議會開議當天到場聲援，市議會開議當天另有兩名志同道合者（乙與丙）在市議會出入口集會並豎立看板及分發宣傳單，呼籲注重他們的訴求。因梅雨不斷，甲攜帶活動式遮雨棚到場，以免參與民眾遭雨淋濕。由於遮雨棚直接放置於市議會出入口處，使得進出議會受到阻礙。議會秘書處明確要求甲、乙與丙撤除所帶來之物品並離開出入口處。但甲、乙及丙並未理會此項要求，秘書處請求集會主管機關到場處理。主管機關到場後，以集會未事前申請且於議會出入口處放置違法之阻礙物，命令甲、乙及丙不得繼續於議會出入口集會並將遮雨棚及看板撤除。在激烈抗議聲中，甲、乙及丙在不得不情形下，撤除遮雨棚及看板並離開市議會。在此主管機關要求甲、乙及丙不得繼續於議會出入口集會之行為，應如何依法評述⁴⁴。

觀察上述案例一，審視集會遊行法第 11 條規定不予許可之事由，如室外集會有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者、有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者或同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者，應可作為主管機關依集會遊行法第 25 條第 1 項規定行使裁量權時之參酌依據。本案並無他人在同一地點申請集會，因此是否得以集會危害公共安全、社會秩序或他人權益為由，解散甲、乙、丙之集會，在此頗有探討空間。而未

44 蕭文生，呼籲設立天體營河岸之集會，月旦法學教室，第 144 期，頁 6，2014 年 10 月。

履行申請許可義務，當然違反集會遊行法之規定，但並無法立即推論出集會是否危害公共安全、社會秩序或他人權益，蓋危害之存在與否主要取決於對當時事實情況之判斷，而非事前申請許可與否。嚴重阻礙市議會之進出，是否可被認為具有明顯事實而有危害公共安全、社會秩序或他人權益，若甲、乙、丙之阻礙行為如被認為符合刑法中以強暴行為為構成要件之犯罪行為時，當然危及公共安全、社會秩序或他人權益。惟透過物理上的強制力量排除實際上或潛在之抵抗，乃是必要的。僅是以身體作為妨害出入市議會之工具，尚不屬於強暴行為。甲、乙、丙之行為並未危害公共安全、社會秩序或他人權益，雖然會對進出議會造成不便，但不足成為解散集會之依據⁴⁵。

五、未來修正立法之方向

由於為實踐集會遊行之基本人權，未來集會遊行法傾向採用報備制，以取代目前的許可制，而代表許可制，即本文所論述探討的集遊法第 11 條，有關集會遊行不予許可之要件，故未來方向則會刪除第 11 條。然而，在此並不意味在集會遊行法中，有關主管機關在集會遊行之行政判斷，即被視為無關緊要。依據行政院版（105 年 2 月 1 日）有關集會遊行法修正草案，雖已刪除第 11 條，在此顯示，該草案採取報備制，而廢除了許可制。然而縱使未來立法採行報備制，但基於國家安全與社會治安，仍必須有所謂危害預防的有效手段⁴⁶。故在該草案第 12 條規定：「室外集會、遊行，於舉行前有明顯事實將立即危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞或發生天然災變者，主管機關於必要範圍內應命其負責人變更其路線、場所、時間或加以限制，並指定應遵守之事項。」，其中有關「有明顯事實將立即危害生命、身體、自由或對財物

45 同前註，頁 7-8。

46 參閱行政院版（105 年 2 月 1 日）集會遊行法修正草案總說明及草案條文對照表。

造成重大損壞或發生天然災變者」等不確定法律概念，主管機關仍必須行政判斷，採取適當危害預防措施⁴⁷。另該草案第 14 條規定：「集會、遊行之進行，應以和平方式為之，不得有下列行為：一、使用暴力。二、攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品。前項第二款之物品，不問屬於何人所有，均得扣留並依法處理。」在此，主管機關針對物品之扣留，必須就條文所規定之不確定法律概念，作行政判斷，才能採取措施，如「足以危害他人生命、身體、自由或財產安全」之規定。

觀察未來修法，針對前述路權場所重複與未合法問題，是否可以一併解決，惟依據行政院版草案，因已經廢除許可制條款，該草案第 8 條規定：「室外集會、遊行，負責人應於舉行之日前三十日內三日前向主管機關提出報備書。」，故依此條款規定，實施報備制。在此，針對路權場所問題，該草案第 9 條第 2 項第 3 款規定，集會遊行之報備書應檢附集會者，集會場所所有人或管理人之同意文件。如此一來，倘若人民未取得同意文件，等於視同未報備，則依該草案第 25 條規定，集會、遊行活動負責人、負責人之代理人或實際負責人，未依第 8 條或第 9 條第 1 項、第 2 項規定提出報備或報備不實，將被處新臺幣 3 萬元以下罰鍰。在此，路權場所之取得並非取決於集會遊行之主管機關，則無法體現集會遊行受規範而保障合法集會遊行之基本人權，故應對路權場所之取得同意文件，在集會遊行法規定，仍可授權集會遊行主管機關會同地

47 李寧修，保護抑制或箝制？集會遊行之強制解散及其效果／桃園地院 98 簡上 111 判決，台灣法學雜誌，第 276 期，頁 142-144，2015 年 7 月。在此進一步指出，對於「首謀者」之行政判斷，針對集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散者，集遊法第 28 條處集會、遊行「負責人或其代理人或主持人」3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰；與集遊法第 29 條，係對「首謀者」處以刑罰之規定，立法者於此似有意針對不同之規範對象，定以不同之構成要件，並課以相異之法律效果。所謂「首謀」應係指於集會現場指揮群眾，居於領導地位，而對該集會之聚集與否有相當影響能力之人，始足當之，此應就具體集會遊行之情況為實質認定，而不得僅據某人於集會活動期間曾拿麥克風對現場群眾發表演說之行為，即認定其為該次集會活動之首謀。

方縣市政府（路權場所主管機關）訂定詳細法規命令予以實施。另有關前述未合法團體申請集會遊行，在現行法上，將不被允許許可之情況，在未來修法上，並無規定，不過對於人民集會遊行權利，應影響不同，因即使未合法團體無法申請集會遊行，則現行作法或未來修法後，仍可以私人名義申請，並無問題⁴⁸。

五、小結

工務局針對同一路段與同一時間提出申請，若有二申請人以上，其裁量標準係用提出申請時間的先後。尤其，在選舉造勢之場合，往往熱門路段與場所，各組人等爭取，故曾有漏夜排隊申請路權場所之情形。然而實務作法上，應由警察機關與主管縣市政府一同視當時社會治安狀況，作合義務性之裁量，對於關係重要人民權益之集會遊行，可優先考慮，准許予以取得路權與場所。即使不用團體名義申請集會遊行，亦可以個人負責人惟名義申請集會遊行，其間之差別僅在於，若能用團體名義申請，針對集會遊行之目的，或許號召力量較能顯現，並且可與相關聯團體串聯，如此一來，其意見表示之傳達與表示，更能徹底完成。

由於為實踐集會遊行之基本人權，未來集會遊行法傾向採用報備制，以取代目前的許可制。然而，在此並不意味在集會遊行法中，有關主管機關在集會遊行之行政判斷，即被視為無關緊要。然而縱使未來立法採行報備制，然而基於國家安全與社會治安，仍必須有所謂危害預防的有效手段。其中有關「有明顯事實將立即危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞或發生天然災變者」等不確定法律概念，主管機關仍必須行政判斷，採取適當危害預防措施。在此，路權場所之取得並非取決於集會遊行之主管機關，則無法體現集會遊行受規範而保障合法集會

48 李震山，人權發展與警察職權－以司法院大法官解釋為例，中央警察大學學報，第52期，頁8-10，2015年6月。

遊行之基本人權，故應對路權場所之取得同意文件，在集會遊行法規規定，仍可授權集會遊行主管機關會同地方縣市政府(路權場所主管機關)訂定詳細法規命令予以實施。

伍、結語

而整體觀察，在我國集會遊行法中，被認為最重要兩項之行政判斷，關係人民權利甚鉅，首先即為有關室外集會遊行不予許可之情形，此係本文論述之主題。而另一項重要行政判斷，有關主管機關之警告、制止或命令解散，主管機關亦必須針對各款，其中有些不確定法律概念，亦須予以行政判斷。在此深入觀察司法審查與集會遊行，從整體違法性判斷而言，依法理亦有所謂超法規事由之阻卻違法，人民之集會遊行，法院亦可依據抵抗權或市民不服從之法理，判決撤銷原處分或免除被告之責任，而形成阻卻違法之狀態情況。而在重要不確定法律概念之探究下，今日所理解之公共秩序概念則為「包括所有不成文之個人公共行為規範，依通常道德、社會之觀念，遵守該規範是國民共同生活不可或缺之要件。」由於公共秩序之定義範圍過廣，疑義滋生，公共秩序有關之危害防止是否列入警察任務仍有爭議，其概念的確定，有賴法官審判時，以其見解加以闡明。

另生命、身體、自由與財物等概念，若深入研究，從法學觀點，往往應可先從憲法保障人權權益論起。在法律層面，實踐上述基本權係以法律為主。在保護生命方面，相關法律之實踐，大都以生命與身體不受侵害作為法益，故刑法規範殺人、傷害、強姦等罪，在特別法上有毒品防制條例、兒童及青少年性交易防制條例等等。另在警械使用條例規定，以比例原則以及勿傷及人致命部位等條款規範。在保障人身自由權，相關法律之實踐，有刑法妨害自由罪章規範，而提審法更是實踐保障人身自由最佳的工具規範。針對財物，則以民法物權之規範最為完整，另散在各海商公司法領域中，保障財物之使用利益等均為重要規

範。針對財物，則以民法物權之規範最為完整，另散在各海商公司法領域中，保障財物之使用利益等均為重要規範。

市政府工務局針對同一路段與同一時間提出申請，若有二申請人以上，其裁量標準係用提出申請時間的先後。然而實務作法上，應由警察機關與主管縣市政府一同視當時社會治安狀況，作合義務性之裁量，對於關係重要人民權益之集會遊行，可優先考慮，准許予以取得路權與場所。另即使不用團體名義申請集會遊行，亦可以個人負責人惟名義申請集會遊行。由於為實踐集會遊行之基本人權，未來集會遊行法傾向採用報備制，以取代目前的許可制。然而縱使未來立法採行報備制，然而基於國家安全與社會治安，仍必須有所謂危害預防的有效手段。其中有關「有明顯事實將立即危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞或發生天然災變者」等不確定法律概念，主管機關仍必須行政判斷，採取適當危害預防措施。在此，路權場所之取得並非取決於集會遊行之主管機關，則無法體現集會遊行受規範而保障合法集會遊行之基本人權，故應對路權場所之取得同意文件，在集會遊行法規定，仍可授權集會遊行主管機關會同地方縣市政府（路權場所主管機關）訂定詳細法規命令予以實施。

參考文獻

中文

一、專書

丘宏達，現代國際法基本文件，三民，1996年。

吳 庚，行政法之理論與實用，自版，2017年增訂15版。

李惠宗，憲法要義，元照，2009年5版。

李惠宗，行政法要義，元照，2010年5版。

李震山，多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2007年2版。

李震山，行政法導論，三民，2014年修訂10版。

李震山，警察行政法論－自由與秩序之折衝，元照，2016年修訂4版。

林錫堯，行政法要義，元照，2006年3版。

翁岳生，論不確定法律概念與行政裁量之關係，行政法與現代法治國家，台大法學叢書，1990年11版。

許育典，憲法，元照，2010年4版。

陳正根，警察與秩序法（三），五南，2018年。

陳慈陽，憲法學，元照，2005年。

管 歐，憲法新論，五南，2006年。

蔡良文，人事行政學：論現行考銓制度，五南，2018年7版。

二、期刊論文

Trute, Hans-Heinrich、Biebrach, Leonard 著，王韻茹譯，德國極右派集會

- 遊行的法律問題，國立中正大學法學集刊，第 47 期，2015 年 4 月。
- 王珍玲，論都市更新之公共利益－從司法院大法官第七〇九號解釋及正當法律程序原則出發，法學新論，第 45 期，2013 年 12 月。
- 朱金池，我國警察集會遊行執法之爭議研究，執法新知論衡，第 14 卷，第 1 期，2018 年 6 月。
- 李建良，集會自由與群眾運動的憲法保障－釋字第 718 號解釋，台灣法學雜誌，第 246 期，2014 年 4 月。
- 李翔甫，警察下令抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（上），台灣本土法學，第 92 期，2007 年 3 月。
- 李寧修，保護抑制或箝制？集會遊行之強制解散及其效果/桃園地院 98 簡上 111 判決，台灣法學雜誌，第 276 期，2015 年 7 月。
- 李震山，人權發展與警察職權－以司法院大法官解釋為例，中央警察大學學報，第 52 期，2015 年 6 月。
- 許育典，緊急性及偶發性集會遊行須申請許可？月旦法學教室，第 146 期，2014 年 11 月。
- 陳明燦，司法院釋字第 732 號解釋之簡析－以公共利益為中心，臺灣環境與土地法學雜誌，第 31 期，2017 年 12 月。
- 陳英淙，警察公共安全與公共秩序之探討，軍法專刊，第 62 卷，第 2 期，2016 年 4 月。
- 楊智傑，公民不服從作為阻卻違法事由：評台北地方法院 104 年度囑訴字第 1 號刑事判決，台灣法學雜誌，第 333 期，2017 年 12 月。
- 劉幸義，法治國家、反抗權與人民不服從，月旦法學雜誌，第 237 期，2015 年 2 月。
- 劉靜怡，歐洲人權法院近年主要集會遊行相關判決評析，台灣法學雜

誌，第 204 期，2012 年 7 月。

謝煜偉，社會抗爭運動與實質違法性判斷，全國律師，第 18 卷，第 11 期，2014 年 11 月。

德文

Altenbolz, Hartmut Brenneisen, Der polizeiliche Handlungsrahmen im
Versammlungsgeschen, Die Polizei, Heft 4, 2008.

Amadeus Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, 3. Aufl., 2012.

Baudewin, Christian, Der Schutz der öffentlichen Ordnung im Versammlungsrecht,
2. Aufl., 2013.

Drews/Wacke/Vogel/Marten, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986.

Dürig, Günter, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 2, Abs. II. 42, 1. Aufl.,
2003.

Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2015.

Götz, Volkmar, Vor 60 Jahren - Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz, JuS
1991.

Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997.

Kniesel, Michael, Die Versammlung - und Demonstrationsfreiheit -
Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche
Konkretisierung, NJW 1992.

Kötter/Nolte, Was bleibt von der "Polizeifestigkeit des Versammlungsrecht"?
DÖV 2009.

Lorenz, Dieter, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, VI, § 128,
1989.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017.

Mußgung, Reinhard, Die öffentliche Ordnung, in: Staat - Souveränität - Verfassung,
2000.

Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei - und Ordnungsrecht, 9. Aufl., 2018.

Schenke, Wolf - Rüdiger, Polizei - und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2018.

Steiner/Brinktrine (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018.

Abstract

This article explores in depth the judgment of uncertain legal concepts in the absence of permission for assembly and demonstration. First, this article will explore the overall integrity related to judicial review, assembly, parade, and the concept of administrative judgment and administrative discretion, which will then elaborate on the application of administrative judgment in assembly and demonstration. In addition, the discussion of important uncertain legal concepts will be examined in order to facilitate the implementation of administrative judgments such as national security, social order, public interest, the concept of hazard, life, body, liberty and property. Based on a thorough research on the concepts of life, body, liberty and property from the legal perspective, a preliminary discussion on constitutional rights and interests of individuals from legal perspective is recommended. However, on the basis of national and social security, even if the future legislation adopts the reporting system, there still must be effective means to prevent harm. This paper believes that obtaining the right-of-way permit does not depend on the competent authorities, and thus it does not embody the basic human rights in terms of Assembly and Parade Act. Therefore, the consent documents of the right-of-way permits should be stipulated in the Assembly and Parade Act. The authorities can authorize the local county and city governments to formulate and implement detailed regulations. In summary, aiming relevant issues and amendments upon the implementation of the current Assembly and Parade Act, this article puts forward the issue of obtaining duplicated right-of-way permits, applications from unlawful groups, cooperation with the reporting system, as well as providing theoretical and practical reference for future revisions on a draft

version of the Executive Yuan.

Keywords: Judicial Review, Assembly and Parade, Administrative Judgment, Administrative Discretion, Uncertain Legal Concepts, National Security, Social Order, Public Interest, Life and Body, and Duplication of Right-of-Way